CAPÍTULO IV

Derecho transitorio

1~

ra

1. Generalidades: regímenes de aplicación de la ley

La función de todo operador jurídico es interpretar las normas y aplicar aquellas que contemplan los supuestos de hecho pertinentes al caso concreto. Particular problema reviste el individnali7ar la norma a aplicarse cuando frente a un determinado acto jurídico se ha sucedido una serie de normas en el tiempo. Este problema lo resuelve el derecho transitorio, que está compuesto por un conjunto de normas (denominadas) de transición, esto es, "normas de remisión de otras normas. [...], normas indicativas de las normas que deben ser aplicables. Estas normas son de carácter formal en cuanto que no regulan ellas mismas, de una manera directa, la realidad jurídica; sino que son normas de colisión que tratan de resolver los conflictos intertemp

Las normas de derecho transitorio son "normas de segundo grado", por cuanto son normas sobre normase. Las normas de derecho transitorio están basadas en normas de conflicto. Estas, como cualquier norma jurídica, están compuestas por uno (o más) supuestos de hecho y por una consecuencia jurídica. Sin embargo, en este caso, el supuesto se refiere a una situación de conflicto en lo que a aplicación de normas (antigua y nueva) se refiere frente a un hecho, relación o situación jurídica concretos y la consecuencia jurídica consiste en la remisión a una norma (antigua o nueva) que resolverá el conflicto'.

1 Luis DIEZ PICAZO y Antonio GULLON, *Sistema de Derecho Civil,* volumen I, 4' edición, prime-

ra reimpresión, Tecnos, Madrid, 1982, 133. 2 Giovanni TARELLO, *L'interpretazione della legge,* Giuffré, Milano, 1980, 319. 3 Existe cierto sector de la doctrina argentina que se muestra escéptico frente al derecho Maui-

torio afirmando que "la impotencia de los Mistas para formular reglas *fijas* que han de regir los llamados conflictos de las leyes en el tiempo parece estar indicando que existe algo insalvable en este intento. Y, efectivamente, es asL No se puede reducir a normas rígidas, a principios intlexi-

Juan Esonoza Fspinoza *Introducción al Derecho privado*

El Código Civil peruano cuenta, dentro de su Título Final, con un capitulo de Disposiciones Transitorias, que comprenden los artículos 2114 al 2122. Nótese que solo serían calificadas como disposiciones transitorias aquellas contenidas en los artículos 2114, 2116, 2117, 2120, 2121 y 2122, mas no los artículos 2115, 2118 y 2119, por cuanto estos últimos, si bien se refieren a documentos o actos que han surgido al amparo de una ley anterior, regulan la validez o eficacia de los mismos, y eso no corresponde a la definición ya citada.

Como ha sido advertido por la doctrina nacional, en concordancia con el art. I del T.P., al derogarse expresamente una ley por otra se produce un ”punto de quiebre” a partir del cual entra en vigencia una norma nueva y se genera ”el problema del ámbito de su eficacia en el tiempo’.

Existen diversos regímenes de aplicación de la ley:

bles, lo que está sujeto a las infinitas variaciones y matices de la política legislativa” (Guillermo BORDA, Manual *de Derecho Civil,* Parte General, edición actualizada, Perros, Buenos Aires, 1986, 109). No comparto esta posición: el éxito o fracaso de las normas transitorias (como el de cualquier tipo de normas) *responde* a la labor de interpretación que hacen (principalmente) los jueces. Las normas de derecho transitorio son de carácter general y no pretenden agotar las diversas posibilidades de aplicación que puedan tener. Si bien *es* cierto que ello dependerá del adecuado diseño de los modelos legislativos, también debe tenerse en cuenta que es la labor judicial la que llenará los eventuales vados particularizando al caso concreto los mencionados preceptos de carácter general. En efecto, con el derecho transitorio ’es obvio que [...] resulte bastante facilitada la solución de distintos problemas que, en todo caso, están naturalmente conectados con la sustitución de una normatividad vieja por una nueva o, como suele decirse, por una sucesión de leyes. Pero no puede decirse lo mismo cuando tales normas no existen o no alcanzan a cubrir íntegros los distintos aspectos de la nueva normatividad con fijación de los límites de la eficacia de esta. En tal caso, es menester fijar un criterio que permita suplir con suficiente seguridad tales deficiencias, con indicación de la línea divisoria entre la eficacia de la normatividad prennipute y la de la nueva, de manera de impedir, no solo la retroactividad de la segunda, sino también la ultractividad de la primera, o sea, que excluya la posibilidad de que la eficacia de esta continúe dándose después de que ha dejado de *estar* en vigor” (Umberto BRECCIA, Una BIGLLkZZI GERI, Ugo NATOLt y Francesco

BUSNELU, *Derecho Civil,* tomo I, volumen 1, traducido por Fernando HINESTROSA, Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1992, 66).

4 Marcial RUBIO CORREA, *Retroactividad, Irretroactividad y ultractividad, en Biblioteca Para*

leer el Código Civil, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1985, 22 *y Mulo Preliminar,* Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1986, 54.

5 Francesco MESSLNEO, *Manual de Derecho Civil* y *Comercial,* tomo I, traducido por Santiago

SENTIS MELENDO, EJEA, Buenos Aires, 1979, 89.

a) Aplicación inmediata. La ley tiene efectos jurídicos mientras tenga validez, esto es, desde su promulgación hasta su derogación. b) Aplicación ultractiva. Se da cuando se aplica la ley aun después de su derogación. c) Aplicación retroactiva. Se presenta cuando la aplicación de la ley es anterior a la fecha de su promulgación. Dentro de este tipo de aplicación, se distingue entre6: — Grado máximo: comprende tanto la relación que surgió en la época *de* la ley antigua como sus efectos, consumados y no consumados. — Grado medio: abarca los efectos nacidos con anterioridad, mas no consumados (como por ejemplo, los intereses devengados antes *de* la promulgación de la nueva ley). — Grado mínimo: comprende solo los efectos futuros (tal es el caso de los intereses devengados después de la promulgación de la nueva ley).

Por su parte, la doctrina nacional hace la siguiente clasificación':

a) Aplicación retroactiva restitutiva. Cuando la nueva ley es de aplicación retroactiva absoluta, comprendiendo todo tipo de hechos, situaciones y relaciones jurídicas, ocurridos antes del punto de quiebre. b) Aplicación retroactiva ordinaria. Establece un régimen de excepción en el caso de las sentencias judiciales que hayan pasado en calidad de cosa juzgada aplicando la norma derogada.

El principal problema de las normas transitorias consiste en determinar si la calidad de la nueva ley es retroactiva o irretroactiva. Si bien es cierto que puede pensarse que el sistema de la irretroactividad de la ley nueva responda mejor a las exigencias de la justicia y seguridad jurídica, una correcta interpretación de la realidad jurídica admite una serie de excepciones' como veremos a continuación.

6 Luis DIEZ PICAZO y Antonio GULLÓN, *op. cit.,* 139-140. 7 Marcial RUBIO CORREA, *op. cit.,* 26. 8 Luis DIEZ PICAZO y

Antonio GULLON, *op. cit.,* 133.

2. El principio de la irretroactividad y las teorías de aplicación de la ley

El principio de irretroactividad ha sido definido por autorizada doctrina italiana como ”el principio según el cual la ley es válida para el tiempo sucesivo a su entrada en vigor, quedando a salvo los efectos jurídicos producidos por supuestos de hecho anteriormente perfeccionados”. A ello se agrega que ”el principio de irretroactividad responde a una elemental exigencia de certeza de los destinatarios de la norma, los cuales deben poder contar con la disciplina legal en vigor para saber cuáles son los efectos jurídicos de sus actos”’°. Sin embargo, este principio admite excepciones, como el caso de las leyes penales, las leyes interpretativas, entre otras.

Tarea asaz, ardua y difícil para el operador jurídico es el diseñar modelos jurídicos que armonicen el valor justicia con el fin de la seguridad jurídica. En materia de conflicto de las leyes en el tiempo, son dos las teorías que han pretendido resolver este problema.

2.1. Teoría de los derechos adquiridos

Fue desarrollada por los juristas de la Edad Media que seguían la escuela del derecho natural”. Estos proponían tres conceptos, a saber, mera facultad, derecho adquirido y expectativa, que fueron retomados en Francia, durante el siglo XIX, por Chabot de l’Allier, Medio, entre otros, y por Herrestorf y Borst en Alemania”.

Se entiende por mera facultad a la potencialidad abstracta para adquirir derechos (lo que supone que no está bajo la titularidad del sujeto). Es decir

9 Massimo BLANCA, *Diritto Civile 1,* Giuffré, Milano, 1990, 117. 10 Massimo BLANCA, *op. cit., 115.* Se define a la retroactividad como ”aquella cualidad de las leyes

por la cual estas someterían a nuevo examen las condiciones de validez de un acto Jurídico regulado por la legislación anterior, modificando o suprimiendo sus consecueneias Jurídicas: se trataría, pues, de una verdadera vuelta atrás de la ley. Esta ’vuelta atrás’ sería un atentado a la seguridad jurídica’ (Luis LEGAZ y LACAMBRA, *Filosofía del derecho,* 5’ edición, Basa, Barcelona, 1979,623-624). 11 Julio César RIVERA, *Instituciones de Derecho Civil,* Parte General 1, Abeledo-Perrot, Buenos

Aires, 1992, 197. 12 Los datos son tomados de Jorge Joaquín LLAMBIAS, *Tratado de Derecho Civil,* Parte General,

tomo I, 12• edición, actualizada por Daniel RABEO BENEGAS, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1386, 135.

”una posibilidad que abre la ley a favor de alguien, pero que hasta el ejercicio de esa potencia no es, sino, una eventualidad que no obsta al cumplimiento de la ley que modifique o aniquile esa perspectiva’’’.

Expectativa es la simple esperanza de adquirir un derecho en el futuro en virtud de un hecho por consumarse. No se trata de un derecho ”sino una esperanza o posibilidad de que pase a serlo cuando se reúnan los presupuestos legales correspondientes, los que ahora no son sino mera eventualidad’.

Derecho adquirido ”es solamente aquel que ha nacido, como todos, por la conjunción de una norma jurídica existente (situación abstracta de derecho) y la ejecución de un hecho por ella misma previsto (situación jurídica concreta); pero que, por razón de la importancia del derecho desde el punto de vista del interés social, ha recibido vida perdurable de la ley que lo generó’.

Como anota la doctrina española, la formulación resumida de esta teoría puede ser la siguiente: ”la posible retroactividad de la nueva ley encuentra su límite en el respeto de los derechos adquiridos de conformidad con la ley anterior”’ 6, vale decir, ”cuando se han realizado todos los supuestos normativos previstos en la ley vigente como *causa* generadora de tal derecho’. Sucumben frente a la nueva ley tanto las meras facultades como las expectativas. Se alinea a esta corriente el Código Civil panameño, cuyo art 3 precisa que:

”las leyes no tendrán efecto retroactivo en perjuicio de derechos adquiridos”.

Esta disposición tiene que ser entendida conjuntamente con el art. 4 del citado texto normativo, que establece lo siguiente:

13 Jorge Joaquín LLAMB1AS, *op. cit.,* 137. 14 Jorge Joaquín LLAMB1AS, *op. cit.,* 136-137. 15 Rodrigo NOGUERA, *Retroactividad de las leyes civiles,* Temis, Bogotá, 1979, 45. 16 Luis DIEZ-PICAZO y Antonio GULLÓN, *op. cit.,* 135. 17 César Augusto ABELENDA, *Derecho Civil,* Parte General, tomo 1, Astrea, Buenos Aires, 1980,

155.

”las meras expectativas no constituyen derecho ceniza la ley nueva que las anule o cercene:

La expresión *derecho adquirido* ha sido criticada fuertemente por la doctrina. *Así, se* observa que significa lo mismo que ”derecho” a secas, pues no puede admitirse un derecho que no sea adquirido”. Se expresa que la razón de diferencia entre derecho y ”derecho adquirido con fuerza de supervivencia”, ”estriba en la finalidad misma del segundo, que es la de evitar los trastornos que produciría toda ley nueva al chocar con los intereses creados y, por su importancia social, respetables y no burlar así las más robustas esperanzas de los titulares de derechos””.

Como se ha advertido, ”si aplicamos esta teoría hasta las últimas consecuencias, se llegaría a un inmovilismo jurídico que iría en contra de la perfección del ordenamiento jurídico’. Es por eso que la teoría del derecho adquirido ”se ve obligada a ir exceptuando poco a poco de la irretroactividad una serie de consecuencias que se derivan del derecho adquirido’.

2.2.Teoría *de* los hechos cumplidos *(factura praeteritum)*

Esa teoría ha sido defendida por Demburg Windscheid en Alemania y seguida por Vareilles-Sommiers, en parte por Planiol en Francia y por Chironi y Coviello en Italia22. Según esta teoría, cada hecho jurídico debe quedar sometido y ser regulado por la ley vigente en el momento en que dicho hecho se produce o acontece *(tempus regit factum)23.* Se ha observado que

i8 Nicola COVIELLO, citado por Luis DIEZ PICAZO y Antonio GALÓN, *op. cit.,* al respecto, se

comenta lo siguiente’(...) yo os digo francamente, expresó Duguit en una conferencia pronunciada en la Universidad de Egipto, dentro de algunos meses hará medio siglo que estudio Derecho y no sé todavía lo que es un derecho adquirido. O se tiene un derecho o no se tiene. La expresión derecho adquirido debe, pues, ser implacablemente rechazada, porque no tiene *sentido”* (Guillermo BORDA, *Retroactividad de la ley y derechos adquiridos.* Perrot, Buenos Aires, 1951, 12).

19 Rodrigo NOGUERA, *op. cit.,* 49. 20 Luis DIEZ PICAZO y Antonio GULLON, *loc. cit.* 21 Luis DIEZ PICAZO y Antonio GULLON, *op. cit.,* 136. 22 Los datos han sido tomados de Manuel ARAUZ CASTEX, *Derecho Civil,* Parte General, Tomo

Primero, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1974, 147.

23 Esta teoría también es denominada de los ’hechos consumados”, afirmándose sobre ella que

”priorizando el carácter Innovador del derecho, prefiere optar por la aplicación inmediata de

la misma «consiste en sostener que la ley no debe afectar la calificación ni las consecuencias jurídicas del hecho ya cumplido, es decir, en que están integradas todas las circunstancias que lo constituyen en antecedente de imputación jurídica; pero debe ser aplicada a los nuevos hechos'. Con ello, se le da a la nueva ley efectos *ex nunc,* vale decir, para el futuro.

Se sostiene, con razón, que "el principio expuesto no suscita mayores discrepancias. Pero las dudas aparecen cuando ya no se trata de apreciar el hecho en sí, sino sus consecuenciars. Por ello, hay que diferenciar el hecho de sus efectos y, dentro de los últimos, debemos distinguir26:

— Efectos agotados (cumplidos); — Efectos pendientes (derivados sin haberse cumplido); — Efectos futuros (que ni siquiera se han producido). Sin embargo, se ha advertido que "aun partiendo de la máxima tempus *regit factum,* la extensión que se da a esta teoría es muy diversa según los autores. Y así, mientras según algunos significa que la ley nueva no puede modificar los efectos agotados de los hechos pretéritos y sí afectar a los derechos futuros de tales hechos, otros autores sostienen que deben quedar excluidos del imperio de la nueva ley incluso las consecuencias jurídicas de los hechos pasados que se realicen bajo su vigencia"n.

Se alinea dentro de esta teoría el art. II del T.P. del Código Civil francés de 1802 cuando establece que:

"La ley no dispone sino para el porvenir: esta no tiene efecto retroactivo":

Sigue textualmente este modelo legislativo el artículo 11 de las Disposiciones Preliminares del Código Civil italiano dé 1942. Interpretando este

la nueva norma en vez de una soslayada aplicación ultractiva de la norma antigua. En síntesis, en virtud de la *teoría de los hechos consumados,* los hechos cumplidos durante la vigencia de la antigua ley se rigen por esta; los cumplidos después de la promulgación de la nueva ley, se regirán por la nueva ley' (Wilder TUESTA SILVA, *Código Civil comentado,* 2• edición actualizada, Grijley, Lima, 2001, 14).

24 Manuel ARAUZ CASTEX, *loc.* cit. 25 Jorge Joaquín LLAMBIAS, *op. cit.,* 140. 26 Luis DIEZ PICAZO Y Antonio GULLON, *op. cit.,* 137. 27 Luis DIEZ PICAZO Y Antonio GULDON, *loc. cit.*

203

a 1

dispositivo, se sostiene que la nueva ley ”no puede contemplar sino hechos o situaciones que hayan de acaecer a partir del momento en que entra en vigor, sin modificar la relevancia (originaria) de aquellos que, por el contrario, tuvieron lugar con anterioridad y que fueron, por tanto, regulados por una ley distinta’’’. Este mismo modelo jurídico circula en el artículo 9 del Código Civil chileno”.

Propondré un ejemplo para entender la teoría de los hechos cumplidos. Pedro le presta a Pablo 1,000 y convienen en que mensualmente se pagará el interés legal (que en la fecha de celebración del mutuo era del 5%). El contrato se inicia el 14 de julio de 2007 y se tenía que pagar 100 el 14 de cada mes más los intereses legales. Hasta la fecha, Pablo no ha pagado nada. En enero de 2008, se aumenta el interés legal del 5 al 10%. Supongamos que estamos en abril de 2008. Los efectos pendientes (obligaciones vencidas e intereses devengados) son los pagos que no se han realizado desde agosto de 2007 hasta abril de 2008. Los efectos futuros (obligaciones por vencer e intereses por devengarse) serán los que se producirán a partir de la fecha. En el momento de la liquidación de la obligación, se aplicará el interés del 1096 a partir de enero. Con ello, se concluye que la nueva tiene efectos diferidos y no retroactivos.

2.3.La tesis de Roubier

Esta teoría es una variante de la de los hechos cumplidos. El autor realiza la siguiente distinción”:

La ley que rige la constitución de una situación jurídica no puede tener efectos retroactivos sobre las situaciones jurídicas ya realizadas. Este mismo principio se aplica en el caso de las leyes referentes a la extinción de situaciones jurídicas’.

28 29

30

31

Umberto BRECCIA, Una BIGLIAZZI GRAL Ugo NATOLI y Francesco BUSNELLI, *op. ck,* 65. Este establece que ”la ley puede solo disponer para lo futuro y no tendrá jamás efecto retroactivo. Sin embargo, las leyes que se limiten a declarar el sentido de otras leyes se entenderán

incorporadas en estas, pero no afectarán en manera alguna los efectos de las sentencias judiciaks ejecutoriadas en el tiempo Intermedio".

Paul ROUBIER, *Les conflits de bis dans le temps (7héorb de la non-rétractivité des kis),* tomo Segundo, Librarle du Recueil Sirey, París, 1933, 748 y ss.

Paul ROUBIER, *op. cit.,* 749.

Capítulo IV Derecho transitorio

La ley que regula los efectos de una situación jurídica no tiene efectos retroactivos si esta determina solamente los efectos por venir de dicha situación, manteniéndose los efectos ya producidos".

De ello se desprende33 que:

I. En el caso de las leyes nuevas referentes a la constitución o extin-

ción de situaciones jurídicas, no se afectan las situaciones que se crearon bajo el amparo de la ley anterior. ii. En el supuesto de las leyes que afectan el contenido o efectos de las

situaciones jurídicas, se debe diferenciar: — Si los efectos ya se han realizado, no es aplicable la ley nueva. — Si los efectos no se han realizado, es aplicable inmediatamen-

te la ley nueva.

Comparto plenamente que: "sin seguir de una forma definida ninguna de las teorías que los autores exponen, puede concluirse en este punto que *la orientación moderna predominante* es que el legislador ha de atender en cada caso a consideraciones de oportunidad, de conveniencia o de justicia. La mayor o menor eficacia de la ley nueva sobre el hecho anterior deberá depender de la finalidad que persiga y de la fuerza social que le empuje. La irretroactividad es el principio general en esta materia; pero no absoluto, pues en casos excepcionales las leyes pueden tener, [...], efecto retroactivo. También el juez, al aplicar las leyes, deberá tener en cuenta no los criterios doctrinales de carácter general, sino consideraciones de justicia y de conveniencia de acuerdo con el fin propio de la nueva norma y la naturaleza y características de la relación jurídica que tiene bajo su control o decisión"34.

3. Excepciones al principio de irretroactividad de las *leyes:* la retroactividad tácita

Admitido pacíficamente que el principio de irretroactividad de las leyes es el que gobierna en nuestro sistema jurídico, resulta forzoso establecer

32 Paul ROUBIER. *op. cit.,* 750. 33 Como hacen Luis DÍEZ PICAZO y Antonio GULLON, *op. cit.* 34 Jaime SANTOS *Derecho Civil, Teoría y Práctica 1,* Revista de Derecho Privado, Madrid-

Editoriales de Derecho Reunidas, 1978, 229.

205

cuáles son los casos de excepción, para lo cual me baso en un sector de la doctrina italiana que ha devenido en clásico":

3.1. Cuando la ley expresamente lo disponga

Debe tenerse en cuenta que este supuesto resulta inaplicable en la experiencia jurídica nacional.

3.2.Cuando se trate de normas de derecho público, como es el caso del

Código Penal

En efecto, el segundo párrafo del art. 103 de la Constitución consagra

que:

«Ninguna ley tiene fuerza ni efectos retroactivos, salvo en materia penal, cuando favorece al reo".

El Código Penal, en su art 6, prescribe que:

"La ley penal aplicable es la vigente en el momento de la comisión del hecho punible. No obstante, se aplicará la más favorable al reo en caso de conflicto en el tiempo de leyes penales. Si durante la ejecución de la sanción se dictare una ley más favorable al condenado, el juez sustituirá la sanción impuesta por la que corresponda conforme a la nueva ley".

Nótese que, al aplicarse la ley más favorable al reo, se puede presentar tanto una situación de ultractividad como de retroactividad de la ley penal. Asimismo, amparándose en el principio de la retroactividad benigna, establece que:

"Si, según la nueva ley, el hecho sancionado en una norma anterior deja de ser punible, la pena impuesta y sus efectos se extinguen de pleno derecho".

Ha sido afirmado en doctrina que el principio de irretroactividad benigna no solo *es* con respecto de las leyes penales, sino también de las senten-

35 MESSINEO, *op. cit.,* 9o.

r

das del Tribunal ConstitucionaL Así, ”las sentencias del Tribunal Constitucional que invaliden una ley por inconstitucional y que tengan como efecto favorecer al reo deben aplicarse retroactivamente. La Constitución debe ser interpretada como una unidad y esta interpretación es evidentemente válida además de justa”36. En efecto, debemos tener en cuenta que el art. 81 del Código Procesal Constitucional, Ley N. 28237, del 28.05.04, es claro al establecer que las sentencias declaratorias de inconstitucionalidad no son retroactivas y producen efectos desde el día siguiente de su publicación. Por su parte, el art. 83 establece que:

”Las sentencias declaratorias de ilegalidad o inconstitucionalidad no conceden derecho a reabrir procesos concluidos en los que se hayan aplicado las normas declaradas inconstitucionales, salvo en las materias previstas en el según párrafo del artículo 103 y el último párrafo del artículo 74 de la Constitución.

Por la declaración de ilegalidad o inconstitucionalidad de una norma no recobran vigencia las disposiciones legales que ella hubiera derogado’:

En este orden de ideas, la regla a obtener es la siguiente: los efectos de la declaración de inconstitucionalidad son iguales a los de la derogación, vale decir, no son retroactivos, salvo en materia penal y tributaria. Sin embargo, el propio Tribunal Constitucional ha ”aportado” una nota característica adicional que me deja un tanto perplejo. Como ha sido de conocimiento público, por un (llamémoslo) *lapsus* del Congreso y por un (entiendo) descuido del Presidente de la República de ese entonces, se aprobó una ley modificatoda del Código Penal en la que se equiparaba la detención domiciliaria a la detención preventiva, a efectos de computar la reducción de la pena de dos días de estas a uno de detención definitiva. En efecto, el único artículo de la Ley N° 28568, del 02.07.05 (publicada al día siguiente) disponía lo siguiente:

”Modificase el articulo 47° del Código Penal, el mismo que quedará redactado de la siguiente manera:

36

Marcial RUBIO CORREA, *Estudio de la Constitución Política de 1993, tomo* IV, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999. 193.

Artículo 47°: El tiempo de detención preliminar, preventiva y domiciliada, que haya sufrido el imputado, se abonará para el cómputo de la pena impuesta a razón de un día de pena privativa de libertad por cada día de detención.

Si la pena correspondiente al hecho punible es la de multa o limitativa de derechos, la detención preliminar, preventiva o domiciliaria, se computará a razón de dos días de dichas penas por cada día de detención':

Esta ley generó una reacción social tan fuerte como inmediata que, con fecha 08.07.05, 31 congresistas de la República interpusieron una demanda de inconstitucionalidad y el mismo Congreso, el mismo día, la derogó mediante la Ley N. 28577, publicada el 09.07.05. El Tribunal Constitucional, con sentencia del 21.07.05 (Exp. 0019-2005-PI/TC Lima), no obstante la Ley N. 28568 ya había sido derogada pro la Ley N° 28577, la declaró inconstitucional, por cuanto:

"la derogación de la ley no es impedimento para que este Tribunal pueda evaluar su constitucionalidad, pues la derogación es una categoría del Derecho sustancialmente distinta a la inconstitucionalidad. Mientras que la primera no necesariamente elimina los efectos (capacidad reguladora) de la ley derogada (así, por ejemplo, los casos de leyes que, a pesar de 'encontrarse derogadas, surten efectos ultractivos), la declaración de inconstitucionalidad «aniquila" todo efecto que la norma pueda cumplir; incluso los que pueda haber cumplido en el pasado, en caso de que haya versado sobre materia penal o tributaria (artículo 830 del Código Procesal Constitucional)" (el subrayado *es* mío).

Se entendió que la Ley N° 28568 es inconstitucional en atención a las siguientes consideraciones:

«tal como a la fecha se encuentran regulados el arresto domiciliario y la prisión preventiva, y aun cuando comparten la condición de medidas cautelares personales, son supuestos sustancialmente distintos en lo que a su incidencia sobre el derecho fundamental a la libertad personal respecta; ello porque, en el caso del arresto domiciliario, el *ambulandi* se *ejerce* con mayores alcances; no existe la aflicción psicológica que caracteriza a la reclusión; no se pierde la relación con el núcleo

y

familiar y amical; en determinados casos, se continúa ejerciendo total o parcialmente el empleo; se sigue gozando de múltiples beneficios (de mayor o menor importancia) que sedan ilusorios bajo el régimen de disciplina de un establecimiento penitenciario; y, en buena cuenta, porque el hogar no es la cárcel.

En otras palabras, el Congreso de la República ha optado por generar una ”identidad matemática” entre el arresto domiciliario y la pena privativa de libertad, permitiendo que aquel y esta sean equiparados, de manera tal que cada día de permanencia de la persona en su hogar o en el domicilio por ella escogido, sea homologado como un día purgado de la pena privativa de libertad, en el caso que sea dictada una sentencia condenatoria.

Tal hecho, de conformidad con lo expuesto, resulta manifiestamente Irrazonable y contrario a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional reseñada.

De ahí que toda previsión que favorezca al derecho subjetivo a la libertad personal más allá de su contenido constitucionalmente protegido, solo resultará válida si no afecta de modo desproporcionado el cuadro material de valores reconocido en la Carta Fundamental: es decir, en la medida en que no vacíe los contenidos o desvirtúe las finalidades que los otros derechos fundamentales (en sus dimensiones subjetiva y objetiva) cumplen en el ordenamiento jurídico o, en general, aquella que cumplen los bienes esenciales a los que la Constitiición explícita o implícitamente concede protección, por resultar imprescindibles para la consolidación de todo Estado social y democrático de derecho, y para que este pueda hacer frente a toda amenaza contra los principios constitucionales en que se sustenta.

En consecuencia, toda ley dictada como parte de la politica criminal del Estado será inconstitucional si establece medidas que resulten contrarias a los derechos fundamentales de las personas, procesadas o condenadas. Pero también lo será si no preserva los fines que cumple la pena dentro de un Estado social y democrático de derecho.

Para este Tribunal Constitucional, una medida como la descrita vacía de contenido la finalidad preventivo-general de la pena privativa de libertad, pues reduce irrazonablemente la posibilidad de que genere un suficiente efecto intimidatorio. Además, y lo que es más grave, desvirtúa la posibilidad de que la sociedad afiance su confianza en el orden penitenciario constitucional, pues se observará con impotencia cómo delitos de naturaleza particularmente grave son sancionados con penas nimias, o absolutamente leves en relación al dado social causado. Ello alcanza mayores y perniciosas dimensiones en una sociedad como la nuestra en la que, de por sí, la credibilidad *de* la ciudadanía en los poderes públicos se encuentra significativamente mellada.

Por otra parte, la norma resulta también contraria a la finalidad preventivo-especial de la pena, pues al permitir que el delincuente conciba el arresto domiciliario como una limitación de la libertad personal idéntica a la pena privativa de libertad, debilita e incluso descarta toda posibilidad de que internalice la gravedad de su conducta. Esto resultará particularmente evidente en el caso de delitos de corrupción, en los que los beneficios generados por la comisión del delito aparecerán como significativamente superiores a la gravedad de la pena impuesta como consecuencia de su comisión. La tendencia a la reiteración de esta conducta es, pues, un peligro inminente para la sociedad.

La retroactividad benigna sustentada en una ley inconstitucional carece de efectos jurídicos.

–

Es indudable que el principio de aplicación retroactiva de la ley penal más favorable se encuentra en directa relación con el derecho fundamental a la libertad personal del condenado. En consecuencia, el primer limite a la aplicación retroactiva de las sentencias del Tribunal Constitucional en los procesos de inconstitucionalidad se encuentra en los supuestos en los que dicha retroactividad genere una afectación del derecho fundamental a la libertad personal.

Sucede, sin embargo —y tal como se ha expresado en la presente sentencia—, que no forma parte del contenido constitucionalmente

prote-

210

4%

gido del derecho a la libertad personal el hecho de que se permita que el tiempo de arresto domiciliario impuesto a cualquier persona (con acepción de las valetudinarias), sea abonado para el cómputo de la pena impuesta a razón de un día de pena privativa de libertad por cada día de arresto. Por el contrario, dicha previsión resulta manifiestamente inconstitucional, por desvirtuar la finalidad de las penas en el Estado social y democrático de derecho.

[...J

Así las cosas, si bien no es posible que por medio de esta sentencia se puedan anular los efectos beneficiosos para el reo que el extremo viciado de inconstitucionalidad de la ley impugnada cumplió en el pasado, ello no obsta para que, a partir del día siguiente de publicación de esta sentencia, dicho extremo quede sin efecto incluso en los procesos que se hayan Iniciado mientras estuvo vigente, esto es, en aquellos procesos en los que los efectos inconstitucionales de la ley aún se vienen verificando.

En consecuencia, por virtud del efecto vinculante de una sentencia del Tribunal Constitucional para todos los poderes públicos (artículo del Código Procesal Constitucional), las solicitudes de aplicación de la ley impugnada (en lo que a la detención domiciliaria se refiere) que no hayan sido resueltas, deberán ser desestimadas, por haber cesado sus efectos inconstitucionales.

[...j

Del mismo modo, los jueces o tribunales que tengan en trámite medios Impugnatorios o de nulidad en los que se solicite la revisión de resoluciones judiciales en las que se haya aplicado el precepto impugnado (en lo que a la detención domiciliaria se refiere), deberán estimar los medios Impugnatorios y declarar nulas dichas resoluciones judiciales, por no poder conceder efecto alguno a una disposición declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional" (el subrayado es mío).

La pregunta surge inmediatamente: Si bien se sostiene que la diferencia entre la derogación y la sentencia que declara la inconstitucionalidad es que en la primera (tratándose de una ley penal, como es este caso) permite acogerse la ultraactividad (siempre que favorezca al reo), mientras que la

f

segunda ”aniquila” todo efecto, en el caso concreto ¿esta decisión no implica que se le está dando un efecto retroactivo a la declaración de inconstitucionalidad? Nótese que se prescribe que la sentencia se aplica a los procesos ya iniciados. Se está dando retroactividad a la declaración de inconstitucionalidad y (como es evidente) para no favorecer al reo. Ello contravendría lo dispuesto en el art. 204 de la Constitución yen el art. 81 del Código Procesal Constitucional. Este caso, dado el marcado carácter político y social que reviste, esta decisión pudo haber tenido una fundamentación más coherente si se argumentaba francamente el carácter retroactivo de esta sentencia, por cuanto solucionaba un conflicto de carácter social. En mi opinión una declaración de inconstitucionalidad no debería tener mayor alcance de una demgadón legislativa. Las reglas y las excepciones en ambos supuestos deben ser los mismos. Donde hasta ahora no dejo de sorprenderme es qué, en la parte resolutiva de la sentencia que se comenta se ordena:

”Declarar la inconstitucionalidad de la frase ”y domiciliaria” del primer párrafo del artículo 47° del Código Penal, modificado por el Artículo Único de la Ley N° 28658».

Téngase en cuenta que la Ley N° 28568 ya había sido derogada por la Ley N° 28577. De ello se pueden desprender dos posibles interpreta-

ciones:

a.

b.

Declarar la inconstitucionalidad parcial de una ley ya derogada en su totalidad implicaría proclamar la vigencia de la parte ¡ya derogada! Sería como haber resucitado al muerto para luego quitarle un brazo. El Tribunal Constitucional tiene facultades para declarar la inconstitucionalidad dé las leyes (incluso las derogadas); pero no para restituir la vigencia de las mismas. Partiendo que la Ley N° 21568 ha ya había sido derogada, la declaración inconstitucionalidad solo es parcial y la parte no declarada inconstitucional sigue derogada.

Acorde a una interpretación coherente, entiendo que esta última es la opción correcta. Sin embargo, dicha declaración de inconstitucionalidad, en atención a lo expuesto anteriormente no debería tener efectos retroactivos.

212

41,

3.3.En el caso de normas meramente interpretativas de una disposición

anterior

Una atenta doctrina italiana afirma que «se llama comúnmente `ley interpretativa' a una ley que establece qué significado debe ser atribuido a un enunciado de otra ley precedente"37. Por otro lado, autorizada doctrina del mismo pais establece que se habla impropiamente de retroactividad "con referencia a las denominadas *leyes* interpretativas, que sirven para precisar el significado dudoso de leyes precedentes y que, por ello, se aplican *ex* tuno (esto es, desde el momento en que estas últimas entran en vigor), y eso, por lo demás, parece set consecuencia natural de su función (no efectivamente de interpretación, sino) sustancialmente integradora del texto de aquellas"33.

Se distingue la ley interpretativa de la ley sobre interpretación (como es el caso del artículo V.2 del Código de Protección y Defensa del Consumidor), por cuanto "la ley interpretativa no prescribe un *modo de proceder* para la atribución de significado a enunciados legislativos en vía general, sino prescribe un resultado interpretativo en vía específica, con respecto a un determinado y preciso enunciado y a los enunciados de un documento preciso y determinado"39. Con la ley interpretativa no necesariamente se realiza la interpretación (denominada) auténtica, entendida como "la actividad interpretativa y el producto de la interpretación por parte de aquel sujeto que es también el autor del documento interpretado'''. Se advierte, con razón, que se ha confundido la idea de que el más autorizado para explicar el significado de *su* documento es el autor (concepción originaria) con la idea de que quien tiene el poder de *hacer* la ley es quien tiene el poder para *decir* su significado" (concepción moderna). En otras palabras: la autoridad, en

37 Giovanni TARELLO, *op. cit.,* **241.** El autor sostiene que "en nuestra cultura jurídica, la definición

legislativa deja, a menudo, al intérprete la facultad de establecer si (y cuánto) su disposición se puede extender más allá del documento que la contiene, mientras la ley interpretativa (aunque se proceda por definición) dispone especificamente sobre el significado de la ley interpretada y no se asume que consienta extender la disposición sobre el significado más allá del documento de la ley interpretada" *(cit.,* 242).
38 Umberto breccia, Lima BIGLIAZZ1 GER', Ugo NATOLI y Francesco busnelli, *op. cit.,* 67-68. 39 Giovanni TARELLO, be. *cit.*

Giovanni TARELLO, *op. cit.,* 242-243. 41 Giovanni TARELLO, *op. cit.,* **243.**

el primer caso, es por ser autor; en el segundo, por ser legisladora. Según esta doctrina, la concepción moderna *de* la autoridad, en la cual el legislador (entendido como un órgano colegiado) es quien tiene la ”autoridad” para dar vida a la ley interpretativa, perniite superar la necesidad de una coincidencia subjetiva física (entre autor y ley interpretada) y abre posibilidades de innovación ”por vía de la interpretación auténtica”43. Sin embargo, no se ve la necesidad *de* denominar como ”auténtica” una interpretación, en la cual, según las propias palabras de lá doctrina que vengo citando, el ”legislador *quiere* un significado autoritariamente”, por cuanto el fundamento de la ”autenticidad” se debe (o se debería) dar en función a un dato objetivo *de* precisar los alcances de un texto legal, mas no a una ”intencionalidad” del legislador (tal como se pretende en la interpretación legislativa propuesta por esta doctrina).

Un sector de la doctrina argentina opina que hablar de leyes interpretativas es **un ”verdadero contrasentido jurídico’’’. En mi** opinión, si la naturaleza de **una norma interpretativa es** *la de aclarar* **el sentido de** la norma interpretada, la **primera no tendría sentido si** se le **dan efectos** *ex* nunc. La norma interpretativa debe tener efectos *ex tunc* a partir de la fecha de vigencia de la norma interpretada. Ello, evidentemente, si no se entra en conflicto

42 Giovanni TARELLO, *op. cit.,* 244. 43 Giovanni TAItELLO, *bc. cit.*
44 *Así, la* interpretación es una operación lógico-valorativa mediante la cual se determina d rec-

to sentido de una norma jurídica en relación con un caso dado. Es una tarea eminentemente judicial. El juez, que no llene *imperium* para dictar la ley, es quien debe dejar su significado. En cambio, el legislador nunca interpreta. Él tiene *imperium* para legislar; si no le satisface la solución de la ley vigente, la modifica por otra nueva. Hablar de interpretación legislativa o auténtica es, pues, una evidente impropiedad. Si se *insiste* en ello, es porque toda esta materia ha estado rodeada hasta el presente de la confusión imperante sobre la irretroactividad de la ley y los derechos adquirido? (Guillermo BORDA, *op.* dt.). Considero que *esta* es una percepción bastante ortodoxa de las funciones del Estado y que nos haría caer en los mismos equívocos de los exégetas: el juez no solo aplica las normas, sino que, interpretando creativamente las mismas, puede reconocer nuevas situaciones jurídicas (evidentemente, dentro de los límites establecidos dentro de la *trama* de cada ordenamiento jurídico). Por otro lado, el legislador, ante la diversidad de interpretaciones que podrían optar los jueces (y eso causaría inseguridad jurídica, por la falta de predictibilidad en las

decisiones de los mismos), puede dar un alcance determinado a una norma a efectos de evitar *este* tipo de discrepancias ello en beneficio de los destinatarios de las normas jurídicas.

con situaciones en las cuales se presentan derechos adquiridos o se hallasen en el estado de cosa juzgada°.

Un episodio que espero no se vuelva a repetir es el de la Ley N0 26657, del 23.08.96, en la que se interpretó el art. 112 de la Constitución°. En efecto, su único articulo estableció lo siguiente:

”Interprétase de modo auténtico que la reelección a que se refiere el articulo 112, de la Constitución está referida y condicionada a los mandatos presidenciales iniciados con posterioridad a la fecha de promulgación del referido texto constitucional. En consecuencia, interprétase auténticamente que, en el cómputo, no se tienen en cuenta retroactivamente los periodos iniciados antes de la Constitución”.

Este es un claro ejemplo de una norma inconstitucional que pretende interpretar un texto legal, en este caso, la misma Constitución. Ello originó una demanda de inconstitucionalidad presentada por el Ilustre Colegio de Abogados de Lima, y esto, a su vez, causó que el Tribunal Constitucional, con fecha 03.02.97, emitiera dos sentencias. Una en la cual se declaró infundada la demanda al no haberse alcanzado la mayoría ralificada de seis votos conformes, prevista por el art. 4 de la Ley N° 26435, para declarar la inconstitucionalidad de la Ley N° 26657, debido a que cuatro magistrados del Tribunal Constitucional se han abstenido por haber adelantado opinión sobre el fondo de la cuestión controvertida. La otra declaró inaplicable por unanimidad de los votos emitidos (que fueron de los magistrados Aguirre Roca, Rey Terry y Revoredo Marsano), con las abstenciones indicadas, y en ”ejercicio de sus atribuciones de control difuso” la ley interpretativa N° 26657 para el caso concreto de una nueva postulación a la Presidencia de la República, en el año 2000, del Jefe de Estado de ese entonces. De esta última

45 Comparto plenamente la preocupación de quien sostiene que las leyes interpretativas, de he-

cho, pasan por alto la iiieboactividad si, en realidad, no se limitan a aclarar la ley anterior, sino que la modifican. De allí que deba analizarse detenidamente si se está ante una ley auténticamente interpretativa o si se trata de una ley nueva y distinta, disfrazada de interpretativa *para* obviar el principio de irretroactividad” (Millo Anibal ALTERIN!, *Derecho Privado,* 2’ edición actualizada, primera reimpresión, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1981. so). 46 Este establecía en su versión original que ’el mandato presidencial es *de*

cinco años. El presi-

dente puede ser reelegido de inmediato para un período adicionaL
Itanscurrido otro periodo constitucional, como mínimo, el expresidente
puede volver a postular, sujeto a las mismas condiciones”.

215

/-

sentencia resulta pertinente citar la definición que se hace de una norma interpretativa:

”es necesario precisar que, por definición, una ley interpretativa es aquella que busca aclarar el sentido de una norma anterior, no desde que la disposición interpretativa es aprobada —como afirma el señor representante del Congreso— sino desde que el precepto interpretado entró en vigencia. La norma Interpretativa nada crea; tiene como única finalidad aclarar una norma, a la que en modo alguno modifica, y no puede innovar sino evitar el error de aplicación.

Hay que precisar, por ello, que la norma impugnada no aclara, ni modifica, ni toca el texto supuestamente interpretado del articulo 112 de la Constitución; sino que pretende dar a dicho numeral una especialísima y harto sui géneris vigencia temporal, *de* suerte: a) que una parte de él —la que permitió la reelección del actual Jefe de Estado en 1995— si rija desde que entró en vigencia la Carta Magna de 1993; y b) que otra parte de él —la que no permite sino su reelección inmediata— no rija sino a partir de las Elecciones de 1995, no obstante que la vigente Carta de 1993 hace *presente,* en la decimocuarta *de* sus Disposiciones Finales y Transitorias, que ella misma, es decir, en el caso, todo el artículo 112, y no solo una parte de él ’... entra en vigencia conforme al resultado del referéndum...’ (o sea, desde el 31 *de* diciembre de 1993). Esta singularísima disección no constituye, evidentemente, una interpretación del tenor mismo de la norma; sino, de un lado, una extraña división de ella en dos partes y, de otro, el establecimiento de un sorprendente régimen transitorio que es, ciertamente, totalmente ajeno a su sentido original, que contradice, ostensiblemente, el preciso sentido de la decimocuarta Disposición Final y Transitoria47 glosada líneas arriba y que, en todo caso, de haberse querido, habría tenido que incorporarse, como tantas ’normas transitorias’ lo han sido, en la parte correspondiente de la misma Carta Magna, denominada, como se sabe, ”Disposiciones Finales y Transitorias’:

47 Esta establece que la presente Constitución, una vez aprobada por el Congreso Constituyente

Democrático, entra en vigencia, conforme al resultado del referéndum regulado mediante ley constitucional”.

El resto es historia: al haberse aplicado el control difuso y no el control concentrado," un ciudadano interpuso, ante la Sala Especializada de Derecho Público, una acción de amparo contra los tres magistrados del Tribunal Constitucional que declararon inaplicable la ley interpretativa. Esta Sala, mediante resolución del 06.02.98, declaró improcedente la demanda por falta de legitimidad de obrar del demandante. Ante la apelación del demandante, la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, mediante resolución del 19.12.97, revocó la sentencia apelada declarando fundada la demanda y argumentando que la decisión de los magistrados del Tribunal Constitucional fue irregular al haberse incurrido en una incongruencia *extra-petita,* ocasionando confusión y desorientación en la ciudadanía. En ambas sentencias se debió desestimar la demanda por cuanto la decisión de los magistrados no ocasionó una amenaza de violación cierta y actual del derecho constitucional invocado ni una trasgresión del mismo. En efecto, el derecho político a elegir los representantes está circunscrito a aquellos que sean hábiles para tal investidura. Por ello, resulta insostenible afirmar, en este caso, la lesión de un derecho "a favor de una persona concreta o a faya:ir de los ciudadanos peruanos" a que determinado ciudadano (que no estaba legitimado para ello) pueda ser el candidato a la Presidencia".

48 En la sentencia glosada, se afirma que "existiendo, por lo visto, ostensible incompatibilidad

entre la Ley Ñ 26657, impugnada en la demanda, interpretativa del artículo 112 de la Constitución, y este mismo dispositivo, precisa que expresemos la base jurídica de este fallo. Hemos decidido aplicar 'el control difuso' —derecho y obligación, constitucionalmente reconocidos a todos los jueces— y no el 'control concentrado' —derecho y deber exclusivos del Tribunal Constitucional—porque, en el Pleno jurisdiccional, durante el debate de la causa, no se logró alcanzat el número de votos señalado en el articulo 4 de la Ley Orgánica del tribunal Constitucional para la aplicación del 'control concentrado' y no se consiguió el respaldo mayoritario para aplicarlo: 49 La Ley 27365, deli4 de noviembre de 2000. modificó el artículo 112 de la Constitución esta-

bleciendo que «el mandato presidencial es de cinco años; no hay reelección inmediata. Transcurrido otro período constitucional, como mínimo, el ex presidente puede volver a postular, sujeto a las mismas condiciones". En esta ley, se agregaron disposiciones transitorias y finales en las cuales se estableció que tanto el Presidente como el Vicepresidente concluirán su mandato el 28 de julio de 2001. Por otro

lado, el art. 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, N• 28301, del 22.0704, ahora establece que ’El quórum del Tribunal Constitucional es de cinco de sus miembros. El Tribunal, en Sala Plena, resuelve y adopta acuerdos por mayoría simple de votos emitidos, salvo para resolver la inadmisibilidad de la demanda de inconstitucionalidad o para dictar sentencia

217

.

a

Mal

Juan Espinoza Espinoza *Introducción al Derecho privado*

Autorizada doctrina lusfilosófica italiana propone los siguientes pasa que debe asumir el intérprete frente a una ley interpretativa:

— En primer lugar, el intérprete, frente a un documento legislativo

que se vincula a un documento legislativo que lo antecede, se debe plantear el problema de si se trata de una ley interpretativa o de una ley que modifica, en todo o en parte, la ley precedente50. — Después de haber Individualizado la ley como interpretativa, el in-

térprete *se* encontrará frente al problema de decidir cuánta parte de la ley interpretativa es efectivamente tal y cuánta parte de ella, en cambio, expresa ”normas nuevas” que modifican la disciplina jurídica precedente sin tener eficacia retroactivas’. — Solo la ley (o los enunciados de la ley) interpretativa ”propia” ten-

drá (o tendrán) efectos *ex tune y* la ley (o los enunciados de la ley) que modifica o sustituye la ley anterior (por ello *se* **le denomina también ley de interpretación ”impropia”) será (o serán)** *ex nunc.* - *Si* **se tata de una ley sancionatoria que no es favorable, la ley inter-**

pretatbia no tendrá efectos retroactivo?.

que declare la in-constitucionalidad de una norma con rango *de* ley, casos en los que se erigen cinco votos conformes. De no alcanzarse la mayoría calificada de cinco votos en favor de la inconstitucionalidad de la norma impugnada, el Itibunal dictará sentencia declarando infundada la demanda *de* Incoen• titucionalidad. En ningún caso el Tribunal Constitucional deja de resolver Los magistrados son irrecusables pero pueden abstenerse de conocer algún asunto cuando tengan interés directo o indirecto o por causal de decoro. Los magistrados tampoco pueden dejar de votar, debiendo hacerlo en favor o en contra en cada oportunidad. Los fundamentos de voto y los votos singulares se emiten juntamente con la sentencia, de conformidad ala ley especial. Para conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de los procesos de amparo, hábeas corpus, hábeas data y de cumplimiento, iniciadas ante los jueces respectivos, el Tribunal está constituido por dos Salas, con tres miembros cada una. Las resoluciones requieren tres votos conformes.

En caso de no reunirse el número de votos requeridos cuando ocurra alguna de las causas de vacancia que enumera el artículo 16° de esta Ley, cuando alguno *de* sus miembros esté impedido o para dirimir la discordia se llama a los miembros de la otra Sala, en orden de

antigüedad, empezando del menos antiguo al más antiguo y, en último caso, al Presidente del Tribunal’.

50 Giovanni TARELLO, *op. cit., 272.* 51 Giovanni TARELLO, *op. cit.,* 273. 52 Giovanni TARELLO, *op. cit., 276.*

W1

`

3.4.En los supuestos de disposiciones de carácter complementario

La razón por la que se incluyen estos supuestos es la misma que en el supuesto anterior.

3.5.Normas que contengan la abolición de determinada figura jurídica

Y ”por eso exista un interés general en que la norma tenga eficacia retroactiva”53. Como en su momento ocurrió con la abolición de la esclavitud. Un ejemplo de lo perjudicial que puede ser no aplicar esta errepción, lo encontramos en el siguiente caso: Una pareja se separa de hecho el 13.01.97. La Ley No 27495 se promulgó el 06.07.01 y se publicó al día siguiente. Con fecha 15.01.02 el esposo interpuso la demanda de separación invocando el nuevo inciso 12 del artículo 333 c.c. (el cual fue incorporado por la mencionada ley) que establece como causal la separación de hecho de los cónyuges por un período ininterrumpido de dos años si no tienen hijos menores de edad (y cuatro cuando tuvieren hijos menores de edad). Alegó además que habían transcurrido cinco años de separación. Debe tenerse presente que, de acuerdo con la primera disposición complementaria y transitoria de la Ley N° 27495, esta se aplica a las separaciones de hecho existentes al momento de su vigencia. Tanto en primera como en segunda instancia se declaró la improdecencia de la demanda, argumentando que dicha disposición se contrapone al principio de irretroactividad consagrado constitucionalmente y, aplicando el control difuso, se concluye que solo a partir de la entrada en vigencia de la Ley N° 27495 se computa el plazo de separación de hecho. Interpuesto el recurso de casación, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República (Cas. N01720-2003 Junín), con resolución del 25.11.03, lo declara infimdado, decidiendo que:

”Si bien del tenor del aludido texto normativo (Ley N° 27495). se aprecia que la aplicación inmediata que propugna, tiene como esencia dar respuesta a un problema social que corresponde a nuestra realidad ante la existencia de matrimonios fracasados que en la práctica no cumplen con su finalidad del matrimonio que prevé el articulo doscientos treinticuatro del Código Civil, cuya tendencia es poner fin a un matrimo-

53 Francesco MESSINEO, *op. cit.*

nio ficticio, que en su mayoría han formado nuevos núcleos familiares; también lo es que ello no puede afectar el principio constitucional de irretroactividad de la ley, que es uno de los fundamentos de la seguridad jurídica, y significa que los derechos creados bajo el amparo de la ley anterior mantienen su vigencia, y sobre ellos no tiene efecto la nueva ley, pues las leyes se dictan para prever situaciones futuras, pero no para imponer a hechos ya producidos, como ocurre en el caso de autos, en que el actor afirma que la separación de hecho ha ocurrido desde el año mil novecientos noventisiete, esto es, con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley número veintisiete mil cuatrocientos noventicinco" (el subrayado es mío).

Queda claro que nuestro sistema jurídico admite como regla el principio de irretroactividad y que una ley —por su solo mandato— no tiene efectos retroactivos. Sin embargo, existen casos de excepción y uno de ellos es justamente el que es materia de este comentario. Los juzgadores han debido ir más allá de la comodidad de limitarse a dar fe del mandato constitucional y analizar qué es lo que aporta la doctrina sobre el particular. Los mismos vocales de la Corte Suprema admiten que este conflicto es un "problema social" y, como tal, han debido dar una respuesta que lo solucione y no lo complique más. No se puede argumentar la seguridad jurídica cuando se generan situaciones injustas e ineficientes a nivel social. Bajo la poco feliz interpretación que se ha hecho, debió haberse interpuesto la demanda el 06.07.03. Si tenemos en cuenta que la sentencia de la Corte Suprema ha sido dada después de tres años de la entrada en vigencia de la Ley N° 27495: ¿Tiene sentido ordenarle al destinatario de los servicios de la administración de justicia que vuelva a presentar la demanda y esperar —al menos— los casi dos años que duró el primer proceso? Creo que la respuesta correcta es la negativa.

La interpretación que se ha hecho es tan absurda como si, al remontarnos a la época en la cual Ramón Castilla mediante ley abolió la esclavitud, se hubiese entendido que esta solo era aplicable a los hijos de esclavos nacidos con posterioridad a la publicación de la misma. Esto es justamente lo que se quiere evitar cuando se dicta una ley que elimina una situación que genera un conflicto social, dándole una aplicación retroactiva. En el caso bajo comentario, no queda claro qué es lo que se quiere proteger bajo el velo protector de la "seguridad jurídica": ¿la unidad de un matrimonio que no existe

desde hace seis años o la comodidad de dictar una sentencia poco imaginativa que, por evitar comprometerse, ha generado un caos social? También llama la atención el reclamo a "que los derechos creados bajo el amparo de la ley anterior mantienen su vigencia, y sobre ellos no tiene efecto la nueva ley': ¿A qué derecho adquirido se están refiriendo los vocales?, ¿a que el cónyuge que se ha separado de hecho no se vea "afectado" porque el otro invoque esta causal antes de la vigencia de la Ley N° 27495?, ¿acaso el otro no se está perjudicando porque se mantiene formalmente una relación matrimonial en realidad inexistente?

Por fortuna, el temperamento cambió. En efecto, mediante Resolución de la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República del 01.09.05 (Cas. N° 2263-2004 Junín), se decidió que:

"el presente proceso es uno de divorcio por la causal de separación de hecho incorporada al artículo 333 del Código Civil a partir de la Ley 27495 siendo evidente que dicha causal tiene por finalidad solucionar un conflicto real que, a diferencia de otras causas de ruptura del vinculo matrimonial, salvo la del inciso 1° del citado artículo no se orienta a determinar la culpa de uno de los cónyuges para que se declare el divorcio sino que busca regularizar una situación de hecho existente.

(...) Que por ello es legítimo que Ley 27495 disponga en su Primera Disposición Complementaria y Transitoria su aplicación a las separaciones de hecho al momento de su entrada en vigencia no solo porque dicha circunstancia no colisiona con el principio de irretroactividad de la norma previsto en el artículo 103 de la Constitución, pues las leyes reflejan la realidadry no la imponen, sino porque aquello guarda relación con lo dispuesto por el artículo del Título Preliminar del Código Civil al establecer que la ley se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes" (el subrayado es mío).

Los tres últimos supuestos son denominados por la doctrina como de retroactividad tácita, cuyos límites han sido delineados por el Tribunal Supremo español, con sentencia del 16 .06.56, cuando ha establecido que:

"el principio de irretroactividad no es aplicable por su propia naturaleza y alcance cuando *se* trata de normas que no son mero desarrollo de otras, o procuran .exclusivamente su ejecución, o denuncian su pro-

pósito ampliamente rectificador de situaciones morales o sociales en las que la nueva ley se declara incompatible, o cuando persiguen un designio interpretativo o aclaratorio’’’.

Considero que el art. III del T.P. del c.c debería regular estos supuestos. Asimismo, se puede presentar el caso en que, mediante una ley interpretativa o aclaratoria, se esté (en sustancia) derogando o modificando el texto «interpretado o aclarado’: Frente a ello, podría demandarse ante el Tribunal Constitucional la inconstitucionalidad de la ley «interpretativa o aclaratoria”. Ahora, el hecho de amparar esta pretensión haría que se derogue la ley interpretativa o aclaratoria. Sin embargo, no queda claro que vuelva a tener vigencia la ley «interpretada o aclarada”. En efecto, si la *ratio decidendi* de la sentencia que ampara la inconstitucionalidad se basa en que la ley nueva, en realidad, deroga o modifica la antigua, se estaría en el supuesto del último párrafo del art 1 del T.P del c.c., es decir, no recobraría vigencia la ley derogada (o modificada) por la derogación de la ley que la derogó (o modificó), y eso generaría vacío legislativo. Creo que se le podría dar una lectura distinta a este supuesto: la *ratio decidendi* de la inconstitucionalidad debe basarse en el conflicto interpretativo que ha generado la nueva ley; es decir, al establecer el art. 103 de la Constitución, tercer párrafo, que la ley solo se puede derogar por otra ley (no interpretativa) o por sentencia del Tribunal Constitucional; la nueva ley, no obstante (a nivel formal), *es* una de carácter interpretativo o aclaratorio, no cumple su función de tal y, por consiguiente, su cesación de vigencia (por declaración de inconstitucionalidad) no afectaría a la ley interpretada o derogada.

4. Dos modelos a tenerse en cuenta: el Código Civil argentino y la Ley de

Introducción del Código Civil brasileño

El artículo **3** del Código Civil argentino de 1879, reformado por la Ley N° 17.711, de 1968, establece lo siguiente:

”A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplicarán aun a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. No tie-

Citada por Manuel GARCÍA AMIGO, *Instituciones de Derecho Civil L Parte* General, Editorial Revista de Derecho Privado-Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1979, 165.

nen efecto retroactivo, sean o no de orden público, salvo disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley en ningún caso podrá afectar derechos amparados por garantías constitucionales.

A los contratos en curso de ejecución no son aplicables las nuevas leyes supletorias".

Com!) ha sido observado por autorizada doctrina argentina", es menester distinguir si la nueva ley es imperativa o supletoria. Así, las normas imperativas dan forma al 'estatuto legal' que rige ciertas relaciones jurídicas y al cual las partes deben someterse sin poder modificarlo"%. En este caso, cabría la aplicación inmediata de la ley imperativa, mientras que «aplicar, en cambio, las nuevas leyes supletorias a una relación contractual, formada dentro de los límites que la ley antigua autorizaba, significaría, en cierta, manera darles efecto retroactivo y, para evitarlo, el legislador (argentino) consagra el 'efecto diferido' de las normas supletorias»57. El efecto diferido de las leyes supletorias lleva como consecuencia la coexistencia de diversos regímenes legales (se entiende, al nivel de relaciones contractuales nacidas frente a una legislación de carácter suPletorio)58. En atención a ello, se debe tener presente que:

55 Luis MOISSET DE ESPANES, *Irretroactividad de la ley y el nuevo articulo* **3** *dd Código Civil (De-*

recho transitorio), Universidad Nacional de Córdoba, 1976, 29. 56 Luis MOISSET DE ESPANES, op. cit. 57 Luis MOISSET *DE* ESPANES, *op. dt.,* 29-30. En este mismo sentido, se afirma que las leyes su-

pletorias tienen la misión de suplir la voluntad de las partes cuando estas no lo han manifestado; pero los contratantes pueden apartarse de *sus* disposiciones, modificarlas y derogarlas, En el caso de que los contratantes callen, es cuando estas normas tienen vigencia. Es evidente, por tanto, que ellas forman parte del contrato, que las partes han callado porque la ley preveía lo que ellas querían estipular y porque acordado en el contrato hubiera sido una estipulación sobreabundante e Inútil. Por consiguiente, si una reforma legislativa altera los preceptos supletorios de un contrato dado, los contratos en curso deben ser juzgados por la vieja ley, que forma parte de ellos; en realidad, lo que se respeta no es la vieja ley sino la voluntad de las partes. Es claro que, si la nueya ley da carácter imperativo a las normas que sustituyen los viejos preceptos supletorios, debe aplicarse de inmediato a los contratos en ejecución, porque en tal caso la nueva

ley no permite el libre juego de la autonomía de la voluntad, allí donde la anterior lo permitía. Es dentro del campo en el que la nueva ley sigue respetando la voluntad de las partes y precisamente por eso, por Integrar el acuerdo de voluntades, es que la ley supletoria anterior sigue en pie" (Guillermo BORDA, *op. cit.,* 104). 58 En efes al consagrar la autonomía de la voluntad', [el legislador] permite que las partes elijan

libremente la ley que debe regir sus relaciones y, según sea su mayor o menor imaginación, ella podrá adquirir las formas más diversa? (Luis MOISSET DE ESPANES, *op. cit.,* 30-31).

a) Si la nueva ley es imperativa y se trata de una relación o situación

jurídica nacida de un contrato (bajo una antigua ley imperativa o supletoria), debe aplicarse de manera inmediata a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas del mismo. b) Si la nueva ley es supletoria y se trata de una relación o situación

jurídica nacida de un contrato (bajo una antigua ley supletoria), no cabría su aplicación ni siquiera para las consecuencias de las relaciones ni *de* las situaciones jurídicas nacidas del mismo.

El art. 7 del Título Preliminar del Código Civil y Comercial de la República Argentina, aprobado por Ley N° 26994, del 01.10.14, y que entrará en vigencia el 01.01.16, regula que:

partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes.

La leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales.

Las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo".

El artículo 6 de la Ley de Introducción del Código Civil brasileño, Decreto Legislativo N° 4.657, 04.09.42, prescribe que:

"La ley en vigor tendrá efecto inmediato y general, respetando el acto jurídico perfecto, el derecho adquirido y la cosa juzgada.

1°. Repútase acto jurídico perfecto al ya consumado según la ley vi-

gente al tiempo en que se efectuó.

2°. Considéranse adquiridos aquellos derechos que su titular, o al-

guien por él, pueda ejercer, como aquellos cuyo inicio de ejercicio tenga un plazo fijado o condición preestablecida inalterable a arbitrio de un tercero.

3°. Llámase cosa juzgada al caso juzgado por decisión judicial del cual

ya no cabe recurso alguno”.

El derecho adquirido ha sido definido por acreditada doctrina brasileña como el que surge ”como consecuencia de una ley, por vía directa o por

medio de un hecho idóneo; consecuencia que, habiendo pasado a integrar el patrimonio material o moral del sujeto, no se hizo valer antes de la vigencia de la ley nueva sobre el mismo objeto"". La perspectiva de esta doctrina resulta interesante cuando plantea que "una vez que estamos tratando de *derecho adquirido,* lo que interesa no es la complejidad de *los hechos* sino la *adquisición* de los diversos derechos"60. En este orden de ideas, se propone que se hable no *de* hechos complejos, sino de derechos de adquisición compleja, dentro de los cuales se encuentran":

a) Derechos de adquisición imperfecta. Aquellos que están someti-

dos a plazo o a condición, vale decir, bajo los supuestos de hecho modificatorios de la relación jurídica que nace del acto jurídico. b) Derechos de adquisición sucesiva. Los que están comprendidos

dentro de esta categoría los derechos que se obtienen mediante el transcurso de un lapso de tiempo, como el caso de la.prescripción. c) Derechos de adquisición por partes. Aquellos que se adquieren

mediante la perfección autónoma de varios hechos conexos, como el derecho a la sucesión testamentaria. d) Derechos de adquisición plural. Los que recaen bajo la titularidad

de los sujetos en virtud de causas diversas de valor suficiente. Es el caso de un contrato de compra-venta a plazos con garantía hipotecaria.

Esta clasificación es concorde al modelo jurídico diseñado por el legislador brasileño62. Sin embargo, es mi opinión que el principio que debe regir para este tipo de derechos es el de aplicación inmediata de la nueva ley a los efectos futuros de los mismos, trátese de condición, plazo (en verdad, este último supuesto cuesta diferenciarlo del indicado en el punto b), adquisición futura o plural. No se debe olvidar que el común denominador de

Rubens LIMONGI FRANCA. *A irretroatividade das leis e o dimito adquirido,* 3' edición, Revista dos Tribunais, Sáo Paolo 1982, 208. En verdad, cierto sector de la doctrina italiana es más preciso cuando advierte que surge el derecho adquirido "no obstante, la ocasión de hacer valer [el derecho adquirido] no se haya presentado antes de la actuación de una ley nueva en torno al mismo' (Carlo GABBA, *Teoría della retroattivitd delle leggi, volumen* 1, UTET, Milano-RomaNapoli, 1891-1898, 257). Rubens LIMONGI FRANCA, *op. cit.,* 284. Rubens LIMONGI FRANCA, *op. cit.,* 284-285. En este mismo sentido, Luis

LEGAZ L ACAMBRA, *op. cit.,* 626.

225

estos supuestos (llámense hechos o derechos) es que son *consecuencia* de relaciones y situaciones jurídicas nacidas bajo el amparo de una ley anterior.

5. El problema interpretativo en materia de aplicación de las leyes en las

relaciones jurídicas contractuales

Cuando la primera parte del art. III del T.P. del c.c. establece que «la ley se aplica a las consecuencias de las 1-d'aciones y situaciones jurídicas existentes", se debe interpretar que, no obstante las relaciones y situaciones jurídicas se hayan constituido bajo el amparo de la ley antigua, la nueva ley no se aplica (en lo que a la constitución de dichas relaciones y situaciones jurídicas se refiere). Tal sería el caso de una pareja que celebra su matrimonio bajo el amparo del Código Civil de 1936 y cuyo divorcio se regulará, si se produce hoy día, según lo prescrito por el Código Civil de 1984.

Esta coordenada legislativa, que se repite en el art. 2121 del c.c., no entra en conflicto con lo preceptuado en el art. 2120 c.c. que reconoce los derechos adquiridos bajo el amparo de la ley anterior "aunque este Código no los reconozca". En efecto, el Código Civil peruano asume una posición mixta o intermedia en la cual, aun admitiendo la teoría de los hechos cumplidos, se aceptan los derechos adquiridos bajo la anterior legislación. Este mismo modelo jurídico también circula en el art 2 del Código Civil paraguayo63.

A propósito de lo prescrito por el art. 62 de la Constitución", autorizada doctrina nacional ha sostenido que existe incompatibilidad entre el art. 1333

63 Este establece que: las leyes disponen para el futuro; no tienen efecto retroactivo ni pueden

alterar los derechos adquiridos. Las leyes nuevas deben *ser* aplicadas a los hechos anteriores solamente cuando priven a las personas de meros derechos en expectativa o de facultades que les eran propias y no hubiesen ejercido.

Las leyes nuevas no pueden invalidar o alterar los hechos cumplidos ni los efectos producidos bajo el Imperio de las antiguas leyes».

64 Este establece que -la libertad de contratar garantiza que las

partes pueden pactar válidamente

según las normas vigentes al tiempo del contrato. *mirtos contractuales no pueden ser modffirdps por leyes u otras disposiciones de cualquier *clase.* Los conflictos derivados de la relación contractual solo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.

Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente' (el subrayado es mío).

226

;is ah,/ ,

.

del c.c." y el art 62 de la Constitución66 y no ha faltado quien haya opinado que se ha derogado el art. 1355 del c.c.67 Otro sector de la doctrina nacional, interpretando que, con el art. 62 de la Constitución se ha retomado a la teoría de los derechos adquiridos, rompiendo el esquema de los hechos cumplidos, reconocido por el art. III del T.P. del c.c., ha propuesto la modificación del artículo 62 ya citado".

Sin embargo, en opinión que comparto, se ha observado que: "afirmar que la frase `no pueden expedirse leyes ni disposiciones de cualquier clase que modifiquen los términos contractuales' abarca inclusive a *las* normas de orden público, importaría atribuir, en el fondo, a los contratos, en general, el carácter de contratos-ley, no obstante no contarse con la participación directa del Estado, por intermedio de alguna de sus entidades, para brindar las correspondientes garantías y seguridades"69.

65 Que prescribe que la ley, por consideraciones de Interés social, público o ético puede imponer

reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos".

66 En este sentido, "la Constitución de 1993 no tiene, en materia contractual, un corte marcada-

mente voluntarista, que haga de la voluntad humana una ley de sl misma, sino que cabe afirmar que, al conceder a los particulares la garantía de pactar libremente según las normas vigentes al tiempo del contrato, se encuentra, en esta materia, en la misma linea normativista que el Código Civil. Esto no significa, sin embargo, que no exista Incompatibilidad entre el articulo 62 de la Constitución y el artículo 1355 del Código civil, por lo cual, dado principio de jerarquía de las normas declarado por el articulo 51 de la Constitución, los jueces deben preferir el primero, de conformidad con lo dispuesto por el articulo 138 de la misma Constitución' (Manuel DELA PUENTE Y LAVALLE, *¿Por qué se contrata?, en Autonomía Privada, contrato y Constitución, en* Manuel DE LA PUENTE Y LAVALLE, Carlos CARDENAS QUIRÓS y Walter GUTIÉRREZ CAMACHO, *Contrato y mercado,* Gaceta Jurídica, Lima, 2000, 30-31).

67 AsL se afirma que la intervención legislativa posterior ha sido negada por la Constitución

al señalar que los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. En este orden de

Ideas, debemos entender virtualmente derogado el artículo 1355 del Código Civil referido a la intervención legislativa en los contratos en ejecución, imponiendo reglas o estableciendo limitaciones cuando el interés social, público o ético lo requiere" (Elvira MARTINEZ COCO, *¿Contratación de mercado o contratación social, Algunas modificaciones necesarias a las disposiciones generales de contratación, en Aequitas,* año 2, N• 2 CE/DE-Cultural Cuzco, Lima, 1995, 111). 68 Marcial RUBIO CORREA, *Estudio de la Constitución Política de 1993, tomo* 3, Pontificia Univer-

sidad Católica del Perú, Lima, 1999, 294. 69 Carlos CÁRDENAS QUIRÓS, *en Autonomía privada contrato y Constitución, en:* Manuel DE LA

PUENTE Y LAVALLE, Carlos CÁRDENAS QUIRÓS y Walter GUTIÉRREZ CAMACHO, *Contrato y mercado, cit., 81.*

li

Una interpretación atenta de estos modelos jurídicos impone una lectura restrictiva. En efecto, bajo este orden de ideas, el art. 62 de la Constitución se refiere solo al caso de las normas supletorias. Con ello, la coexistencia con el art. 1355 del c.c. sería posible, ya que este último se referiría a las normas imperativas70. En mi opinión, el art. 62 de la Constitución se refiere a un supuesto general, mientras que el art. 1355 c.c. a un supuesto de naturaleza especial.

Una aplicación de esta interpretación la encontramos en las Condiciones de Uso de los Servidos Públicos de Telecomunicaciones, aprobadas por la Resolución de Consejo Directivo No 116-2003-CD/OSIIT1EL, del 11.12.03, las cuales son normas de naturaleza imperativa, vale decir, no cabe pacto en contrario. Así lo establece el art. 3, el cual prescribe que:

"La presente norma tiene carácter imperativo y es de cumplimiento obligatorio por parte de los abonados, los usuarios y las empresas operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones, salvo los casos en que la presente norma permita pacto en contrario.

El ejercicio y exigibilidad de los derechos de abonado que la presente norma establece no pueden ser condicionados a pago previo alguno, salvo los casos en que la presente norma declara expresamente la facultad de la empresa de aplicar alguna tarifa" (El subrayado es mío).

En la exposición de motivos se pueden apreciar con claridad "las consideraciones", como lo recita el art. 1355 c.c., por las cuales se dictan las Condiciones de Uso, a saber:

"la necesidad de regular la contratación surge por la falta de información o la información incompleta entre las partes sobre los derechos y obligaciones en la prestación de los servicios, el crecimiento exponencial del mercado de servicios públicos de telecomunicaciones, así como el desarrollo y la oferta de nuevos servicios, hace indispensable

En esta misma orientación, cuando se afirma *que convenimos en que es indispensable interpretar el art 62 de la Constitución en el sentido de que este no alcanza las normas que son imperativas y de orden público, logrando de este modo mantener la razón de ser de los contratos-ley y la vigencia del art. 1355 del Código Civil* (Walter GUTIERREZ CAMACHO, *Economía de mercado y contratación.* En: Manuel DE LA

PUENTE Y LAVALLE Carlos CÁRDENAS QUIRÓS y Walter GUTIERREZ CAMACHO, *Contrato y mercado, cit., 154.*

1

ll

y

el establecimiento de reglas básicas y condiciones de acceso y uso de servicios, para las empresas operadoras, los abonados y/o usuarios" (el subrayado es mio).

En buena cuenta, la consideración por la cual se dictan las Condiciones Generales es, principalmente, para tutelar la situación de asimetría informativa en la cual se encuentran los abonados y usuarios. Consideración a todas luces "social y pública", por cuanto la misma Constitución, en su art. 65, regula que:

"El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que *se* encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población".

Ello lleva a la inevitable conclusión que las Condiciones de Uso, al proteger la situación de asimetría informativa de los consumidores (sean estos abonados o usuarios), tutelan una situación de interés social y público, las cuales, en virtud del art. 1355 c.c., deben aplicarse a todos los contratos de servicios públicos de telecomunicaciones, incluso, a aquellos suscritos con anterioridad al 01.03.04 (fecha en la cual se establece la entrada en vigencia de las Condiciones de Uso). Caso contrario, se daría una disparidad de tratamiento que sería del todo injustificada si se tiene en cuenta la protección constitucional que se reconoce a favor del consumidor.

Téngase presente que la disposición final novena de las Condiciones de Uso reconoce el principio de supletoriedad del Código Civil y que la segunda disposición final establece que:

"Para todos los casos en que la presente norma prevé el derecho de las empresas operadoras a aplicar una tarifa, continuarán vigentes las respectivas tarifas tope —o máximas fijas— vigentes establecidas mediante resoluciones tarifarias, las cuales son aplicables a las empresas operadoras sujetas al régimen tarifario regulado':

Como se puede observar, cuando se ha querido mantener una situación de acuerdo a la normatividad anterior a la entrada en vigencia de las Condiciones de Uso, ello se ha regulado especificamente. Aplicando un argumento *a contrario,* para todo lo demás, se aplicará inmediatamente las Condiciones de Uso.

Otra aplicación de este criterio puede verse en materia de contratos entre generador y distribuidor de energía eléctrica. En un conflicto entre Luz del Sur y Electroperú, a raíz de un contrato celebrado el 16.05.97, en el cual se preveía que, en caso de conflictos, las partes se someterían a arbitraje, se cuestionaba la competencia del OSINERG. En efecto, Electroperú argumentaba que, en la fecha que se celebró el contrato, si bien estaba vigente la Ley N° 26734 (que aprueba la creación del Organismo Supervisor de Inversión en Energía - OSINERG, del 30.12.96), ella no establecía ninguna competencia a este organismo para solucionar controversias entre entidades del sector energía. La Ley N° 27332 (Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, del 27.07.00), que si lo hacía, es de fecha posterior al contrato, por consiguiente el conflicto debería ventilarse en el fuero arbitral y no ante OSINERG. Mediante Resolución del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc del OSINERG N° 008-2004-OS/CC-20, del 25.10.04, no se ampararon las, excepciones de incompetencia ni de compromiso arbitral, justamente en atención que el art 62 de la Constitución no deroga al art. 1355 c.c., por cuanto la primera se refiere a las normas supletorias y la segunda a las imperativas. Esta parte de la decisión fue confirmada mediante Resolución del Tribunal de Solución de Controversias del OSINERG N° 005.2005-TDC/19-2004-TSCOSINERG, del 22.04.05, argumentando que:

”no existe antinomia entre la libertad de contratar (artículo 62 de la Constitución) y la función reguladora del Estado (artículo 58 de la Constitución), dado que las dos normas pertenecientes al mismo orden jurídico y con la misma jerarquía no son incompatibles entre

Esta orientación interpretativa también se aplica en materia de seguros. En efecto, la Quinta Disposición Complementaria Final y Modificatoria de la Ley N° 29946, Ley del Contrato de Seguro, del 26.11.12, establece lo siguiente:

”A partir de su vigencia, las disposiciones de esta ley se aplicarán inclusive a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tienen ni fuerza ni efecto retroactivo; siempre que previamente estas no hayan estado reguladas legal o contractualmente:

.=.W.

7.2:-c.-.

; lb

-041,1n,

Capítulo IV Derecho transitorio

Surge un problema respecto de cuáles son los alcances de esta disposición, atendiendo a que, en el momento que se publicó, las compañías de seguros ya contaban con contratos suscritos con sus clientes que se venían ejecutando en los términos y condiciones en ellos contenidos. Dichos términos y condiciones diferían en muchos casos de los establecidos en la nueva Ley.

Hay que tener *en* cuenta que el art. I, de las disposiciones generales de la Ley N° 29946, del Contrato de Seguro, expresa que:

"La presente Ley se aplica a todas las clases de seguro y tiene carácter Imperativo, salvo que admita expresamente lo contrario. No obstante, se entenderán válidas las estipulaciones contractuales que sean más beneficiosas para el asegurado.

En el caso de seguros obligatorios y aquellos que se encuentren regulados por leyes especiales, esta ley es de aplicación supletoria.

En los seguros de caución son aplicables las disposiciones específicas contenidas en esta ley así como las normas sobre la materia dictadas por la Superintendencia.

En los contratos de seguro en; los que el contratante o asegurado tengan la condición de consumidor o usuario es de aplicación el Código de Protección y Defensa del Consumidor, Ley 29571, y demás normas pertinentes, en lo no expresamente regulado por esta ley.

No obstante, en caso de conflicto son de aplicación las normas más favorables al consumidor o usuario" (el subrayado es mío).

Es por ello que el art. IV de las disposiciones generales de la Ley N° 29946 establece las siguientes reglas de interpretación:

"Segunda. Las cláusulas contrarias a las normas de esta ley son nulas y son reemplazadas de pleno defecho por estas.

Tercera. Los términos del contrato que generen ambigüedad o dudas son interpretados en el sentido y con el alcance más favorable al asegurado. La intermediación a cargo del corredor de seguros no afecta dicha regla ni la naturaleza del seguro como contrato celebrado por adhesión" (el subrayado es mío).

De estas reglas se debe inferir que, al interpretar un contrato de seguros, se debe tener en cuenta el carácter imperativo de la Ley N°

29946 y que las

231

cláusulas deben ser entendidas en sentido favorable al asegurado (sea o no consumidor). Como puede observarse, la Quinta Disposición Complementaria Final y Modificatoria de la Ley (en su primera parte) no hace más que repetir lo prescrito en el art III del Título Preliminar del Código Civil.

En atención a las consideraciones expuestas, la regla es que se deberán adecuar todos los contratos en giro a la nueva ley, por cuanto (en los casos de incompatibilidad) al ser la Ley de carácter imperativo, esta prevalecerá sobre las consecuencias del contrato celebrado con anterioridad a su vigencia. Como se advirtió, los mandatos contenidos en la N° 29946 constituyen normas imperativas. No debe llevar a la confusión la aparente salvedad, que se encuentra *in fine* de la Quinta Disposición Complementaria Final y Modificatoria de la Ley, cuando hace referencia ”siempre que previamente estas hayan estado reguladas legal o contractualmente’: Analicemos el texto completo:

”A partir de su vigencia, las disposiciones de esta ley se aplicarán inclusive a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tienen ni fuerza ni efecto retroactivo; siempre que previamente estas no hayan estado reguladas legal o contractualmente’l

En efecto, si de acuerdo al art. III del Título Preliminar del Código Civil, igual se aplica la nueva ley a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, la misma definición de la teoría de los hechos cumplidos que asume nuestro sistema jurídico (el tiempo rige el hecho), hace que se imponga la regla general, la cual es de la aplicación inmediata de la nueva ley, por más que hayan sido previstas las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas en los contratos celebrados al amparo de la antigua ley. La Quinta Disposición Complementaria Final y Modificatoria de la Ley in fine tiene que ser interpretada sistemáticamente con la tercera regla del art W de las disposiciones generales de la Ley N° 29946) y lo prescrito en el art I de las disposiciones generales, que imponen una interpretación a favor del asegurado.

Al ser la regla la de la prevalencia de la Ley N° 29946 sobre los contratos ya celebrados, los contratos en giro no podrán continuar con su ejecución con las condiciones establecidas con anterioridad a la Ley del contrato de Seguros. La excepción se encuentra en casos en que las disposiciones de la

Y-i

IMS~1

h •

III

a

nueva ley hagan inviable el producto y por tanto una de las partes podría solicitar su resolución. Asimismo existen contratos como los de vida en los que se puede haber pagado durante varios años y que el cambio de condiciones podría conllevar la resolución del mismo con un perjuicio al asegurado.

Esta cepcIón se sustenta en la exigencia de interpretar los contratos a favor del asegurado (tercera regla del art. IV de las disposiciones generales de la Ley W 29946) y lo prescrito en el art I de las disposiciones generales, en el cual se expresa claramente que, a pesar del carácter imperativo de la Ley, ”se entenderán válidas las estipulaciones contractuales que sean más beneficiosas para el asegurado”. De ello se deriva que, si la aplicación de la Ley Na 29946 implica una condición que no sea beneficiosa para el asegurado, primará lo contenido en el contrato celebrado con anterioridad a la vigencia de la mencionada ley. Refuerza esta interpretación, lo contenido en el art. 2120 c.c., el cual norma lo siguiente:

”Se rigen por la legislación anterior los derechos nacidos, según ella, de hechos realizados bajo su imperio, aunque este Código no los reconozca”.

6. Interpretación lógico-sistemática del artículo lII del Título Preliminar

del Código Civil peruano

Volviendo al artículo del T.P. del c.c. y partiendo de un cuadro preparado por una autorizada doctrina argentinas, propongo el mío. Si bien es cierto que del tenor de este numeral se colige que los puntos de referencia son las situaciones o relaciones jurídicas, no debe perderse de vista que las mismas, en virtud de la autonomía privada o del intervencionismo estatal, pueden constituirse, regularse, modificarse o extinguirse: Todos estos supuestos deben estar enmarcados dentro de los alcances de este numeral. Así, tendríamos la siguiente trama de posibilidades:

71 Luis MOISSET DE ESPANES, *op, cit.,* 22.

Téngase presente que, al haber quedado pendientes los efectos de una situación o relación jurídica, parte de las consecuencias puede estar dentro de los alcances temporales de la antigua ley y las consecuencias restantes pueden estar dentro de los alcances de la nueva ley.

Situaciones y relaciones jud- agotadas.	Constitución, regulación, mo dices Oración o extinción.	
Situaciones y relaciones Ju- Micas en curso de consfitu- ción *(In flan).*	Se iniciaron bajo el amparo de la ley antigua; pero no se modificación o extinción. perfeccionaron.	• Constitución, regulación, • Consecuencias.
Situaciones y relaciones Ju- ridicas con efectos pendien- tes.	• ConsWucón, regulación o modificación. • Consecuencias'.	• Consecuencias
Situaciones y relaciones hal- dices con efectos futuros *(In Innen!».*	Constitución, regulación o modificación.	• Consecuencias.
Situaciones y relaciones Jurt- dices nuevas.	• Constitución, regulación, modificación o extinción.	• Consecuencias.

En materia de Derecho Procesal Civil, se debe tener en cuenta que la segunda disposición complementaria del Código Procesal Civil de 1992 establece que:

"las normas procesales son de aplicación inmediata, incluso al proceso en trámite. Sin embargo, continuarán rigiéndose por la norma anterior: las reglas de competencia, los medios impugnatórios interpuestos, los actos procesales con principio de ejecución y los plazos que hubieran empezado".

Se ha afirmado que "la disposición del artículo [...] se pronuncia claramente por la aplicación inmediata de la norma jurídica, desecha lo que hemos denominado aplicación ultrictiva y solo considera la aplicación retroactiva en los casos que autoriza expresamente" la Constitución'. Y agrega que "no existe obstáculo para que un cuerpo normativo establezca expresamente para sí una aplicación diferida"". Solo me permito adarar que sí cabe (en aplicación del art. 6 del c.p.) una aplicación ultractiva de la norma penal y el fundamento legal de la aplicación inmediata y de la diferida lo encontramos en el art. 109 de la Constitución, que establece que:

72 Marcial RUBIO CORREA, *Retroactividad, irretroactividad y tzlinictivídad, cit.,* 35. 73 Marcial RUBIO CORREA, *op. cit., 36.*

”La ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte”.

Ello en concordancia con lo consagrado en el art. 51 de la Constitución que, en su última parte, prescribe que ”la publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado”.

7. El derecho transitorio en la Jurisprudencia nacional

La Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, con resolución del 19.08.97. (Casación No 300-96, Ucayali), a propósito de una prescripción iniciada al amparo del Código Civil de 1936, estableció que:

”los artículos tercero del Título Preliminar y dos mil ciento veintiuno del citado Código sustantivo consagran el principio de la aplicación inmediata de la ley, el que cuenta con la posición dominante en doctrina y se conoce con el nombre de teoría de los hechos cumplidos.

Que, sin embargo, la aplicación de normas en el tiempo supone una relación dialéctica entre el principio de seguridad y el principio de innovación legislativa dentro del sistema jurídico (sic); para este efecto se ha establecido, en vía excepcional y transitoria, la aplicación ultractiva de algunas normas del Código Civil derogado en moderada inclinación hacia la seguridad jurídica a fin de lograr la mayor equidad posible en cada caso que se someta al conocimiento de la tutela jurisdiccional.

Que una de estas excepciones es la referida a la aplicación temporal del plazo de prescripción, cuyo artículo dos mil ciento veintidós dispone que la prescripción iniciada antes de la vigencia de este Código se rige por las leyes anteriores. Sin embargo, si desde que entró en vigencia transcurre el tiempo requerido en él para la prescripción, este surte todos sus efectos, aunque por dichas leyes se necesitare un lapso mayor. La misma regla se aplica a la caducidad. Cabe aclarar que esta aplicación ultractiva solo está referida a la diferencia de plazos en la prescripción tanto en la ley derogada como en la vigente.

Que en el caso de autos, la prescripción empezó a correr desde antes de la vigencia del Código Civil de mil novecientos ochenta y cuatro, por lo que se concluye que el plazo de prescripción aplicable al caso es el de

p

y

quince altos a tenor del inciso dos del artículo mil ciento sesenta y ocho del Código Civil derogado74".

En efecto, con el Código Civil de 1936, el plazo de prescripción de la acción personal era de quince años; con el Código de 1984 es de diez años (artículo 2001, inciso 1). Ahora bien, el artículo 2122 del Código Civil de 1984 establece que si, desde que este cuerpo normativo entra en vigencia, transcurre el tiempo requerido en él para su prescripción (en el caso, diez años), esta surte su efecto, aunque por dichas leyes (Código Civil de 1936) se necesitare un plazo mayor (en este caso, quince años). Ello quiere decir que el sujeto interesado deberá optar por el plazo prescriptorio que más le favorezca. Teniendo en cuenta que el plazo del nuevo Código Civil comienza el 14.11.84, justo un año después, la Sala Civil de la Corte Suprema de la República, con fecha 17.08.98 (Casación N. 708-97, Huancavelica), precisó su posición, afirmando que:

"en el caso de autos, la materia controvertida versa sobre la prescripción de la acción de nulidad de acto jurídico, la que se hallaba regulada por el artículo mil ciento sesenta y nueve del Código Civil de mil novecientos treinta y seis, la misma que se halla regulada por el inciso primero del artículo dos mil uno del Código Sustantivo vigente. Consecuentemente, no resulta de aplicación lo previsto en el artículo dos mil ciento veinte del Código acotado.

Que el artículo mil ciento sesenta y nueve del Código Civil derogado preveía, para las acciones de nulidad de acto jurídico, un plazo de prescripción de treinta años y el inciso primero del artículo dos mil uno del vigente prevé un plazo de diez años. Consecuentemente, en aplicación de la regla contenida en el artículo dos mil ciento veintidós de dicho Código, resulta aplicable el plazo más corto. Ergo, la acción prescribió el catorce de noviembre de mil novecientos noventa y cuatro, fecha anterior a la interposición de la demanda, atendiendo a que la Sala de Revisión estableció como un hecho que el accionante tuvo conocimiento de la existencia de los actos jurídicos, cuya finalidad pretende, en la fe-

ASOCIACIÓN NO HAY DERECHO, *El Código Civil a través de la jurisprudencia casatoria,* tomo II, Ediciones Legales, Lima, 2000, 1E-19.

fi

cha de suscripción de los mismos, esto es, con anterioridad a la entrada en vigencia del nuevo Código Civ1175".

En este mismo sentido, la Sala Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, con fecha 03.05.99 (Casación N0 2861-98, Callao) precisó que:

"el artículo tercero del Titulo Preliminar y el artículo dos mil veintiuno del Código Civil de mil novecientos ochenta y cuatro recogen la teoría de los hechos cumplidos, señalando que la ley se aplica a las consecuencias y situaciones jurídicas existentes. En tal sentido, en los casos de poseedores que entraron en posesión del bien antes de la vigencia del Código Civil, el cómputo del inicio del plazo para adquirir la propiedad por prescripción adquisitiva se realiza a partir del catorce de noviembre de mll novecientos ochenta y cuatro, fecha en que entró en vigencia el Código Civi176".

Frente a un curioso caso de un cónyuge que demanda (en la época de vigencia del Código Civil de 1984) la nulidad del matrimonio (celebrado al amparo del Código Civil de 1936) por impotencia (i?) de la esposa, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, con sentencia del 02.07.98 (Casación N° 1641-96, Lambayeque), ha decidido lo siguiente:

"Que el matrimonio celebrado válidamente, bajo los anteriores Códigos Civiles, de mil novecientos treinta y seis y mil ochocientos cincuenta y dos, y en general de la legislación anterior, como es el caso del matrimonio canónico reconocido en el articulo ciento cincuenta y seis del Código Civil de mil ochocientos cincuenta y dos, mantiene todo su valor y vigencia y el actual Código, vigente desde el catorce de noviembre de mil novecientos ochenta y cuatro, en virtud del Decreto Legislativo número doscientos noventa y cinco, solo afecta los distintos derechos y obligaciones derivados del status conyugal, como establecen los artículos ciento tres, segundo párrafo, de la Constitución Política del Estado, tercero del Título Preliminar y dos mil ciento veintiuno del Código Civil.

75 ASOCIACIÓN NO HAY DERECHO, *op. cit.,* 22-23. 76 ASOCIACIÓN NO HAY DERECHO, *op. cit.,* 26-27.

Que son derechos derivados del matrimonio, por ejemplo, la sucesión y las causales de separación de cuerpos.

Que, en la teoría de la invalidez del matrimonio, hay que distinguir la nulidad absoluta de la anulabilidad. La primera significa la existencia de un vicio que afecta a la validez del acto mismo del matrimonio, insanable, que determina su inexistencia y, por ello, puede ser demandada por cuantos tengan interés y el Ministerio Público y no caduca; la segunda reconoce la existencia de un vicio que no afecta las condiciones esenciales del acto mismo, que puede ser subsanable o que solo interesa a los cónyuges y por eso el ejercicio de la acción queda limitado. Mas, en ambos casos, la declaración de nulidad tiene eficacia retroactiva, esto es, que si la demanda resulta fundada, el matrimonio resulta inválido.

Que, en consecuencia, se concluye que la nulidad del matrimonio no está relacionada con los derechos y obligaciones derivados del matrimonio, sino con el matrimonio mismo y, por tanto, debe ser resuelta de acuerdo con las leyes vigentes en el momento de su celebración.

Que, en el caso de autos, es pertinente el artículo ciento cuarenta y cinco del Código de mil novecientos treinta y seis, bajo cuya vigencia se celebró el matrimonio, que regula y contempla la causal de nulidad por impotencia *coeundi"77.*

Las precisiones que me permito hacer son formales. La causal prevista en el articulo 145 del Código Civil de 1930 es de anulabilidad Sin embargo, tanto el supuesto de anulabilidad como el de nulidad se deberían regular con la ley en la cual se perfeccionó el acto, y eso no implica una contradicción a lo establecido por el artículo DI del del c.c, sino que tanto la nulidad como la anulabilidad forman parte del momento de constitución del acto y no de *sus* efectos. Es conveniente precisar, como lo hizo el Supremo Colegio en su momento:

"Que determinada la pertinencia de la norma a la controversia, hay que anotar que la instancia de mérito, apreciando la prueba actuada,

ASOCIACIÓN NO HAY DERECHO, *op. cit.,* **20-21.**

establece que "es anulable el matrimonio del que adoleciere de impotencia absoluta al tiempo de celebrarlo. *La* acción corresponde a ambos cónyuges".

…„,-4…;

ESE

ha desestimado la demanda, por considerar que no se han probado los hechos".

En materia de sociedades, se presentó el siguiente caso. El Grupo Pantel S.A. celebra dos Juntas Generales *en* 1996 y 1997. Posteriormente, en Junta General Ordinaria y extraordinaria de Accionistas, de fechas 6 y 9 de enero de 1998, se ratifican los acuerdos de 1996 y 1997. Genaro Delgado Parker solicitó Judicialmente la nulidad de los acuerdos de ratificación. Téngase en cuenta que la actual Ley General de Sociedades (LGS), N° 26887 entró en vigencia el 01.01.98, derogando a la antigua Ley General de Sociedades (ALGS), Decreto Legislativo N° 311 del año 1985. La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, con sentencia del 02.03.99 (Cas. N° 2481-98, Lima), precisó lo siguiente:

"Que, siendo de aplicación al pIresente caso la teoría de los hechos cumplidos, es necesario precisar previamente si el hecho del vencimiento del plazo de caducidad de impugnación de los acuerdos de año mil novecientos noventa y seis y noventa y siete se ha producido o no.

Que el artículo ciento cuarenta y cuatro del Decreto Legislativo trescientos once establecía un plazo de caducidad de seis meses para impugnar el Acuerdo de la Junta General. No habiendo el recurrente impugnado dentro de ese plazo los citados acuerdos, debe entenderse que el vencimiento del plazo de caducidad para impugnar se ha cumplido. En consecúencia, habiéndose consumado los hechos bajo el Imperio del citado Decreto Legislativo, no resulta de aplicación al presente caso el artículo ciento cuarenta y dos 79de la Ley veintiséis mil ochocientos ochenta y siete, Ley General de Sociedades vigentes°.

□,.□-

Los vocales supremos, equivocando gruesamente la perspectiva, han resuelto en función de lo que el demandante no ha pedido: se solicitó la anulación de los acuerdos de ratificación de la Junta General Ordinaria y Extraordinaria de Accionistas de fechas 6 y 9 de enero de 1998 (época en la que si es aplicable la LGS) y no de los acuerdos tomados en 1996 y 1997

79 Este prescribe que "la impugnación a que se refiere el articulo 139 caduca a los dos meses de la

fecha de adopción del acuerdo si el accionista concurrió a la junta; a los

tres meses si no concurrió; y, tratándose de acuerdos inscribibles, dentro del mes siguiente a la inscripción".

80 ASOCIACIÓN NO HAY DERECHO, *op.* cit., 24-25.

(a los cuales se aplica la ALGS). Tampoco se puede afirmar que amparar el pedido de ratificación Implica reconocer (tácitamente) la Impugnación extemporánea de los acuerdos ratificados. Es derecho del accionista im pugnar los acuerdos de la junta, independientemente de la natutaleza del acuerdo.

LIE

EMIII”gifull:W~MWE

t!

1

”’